

La consultazione preventiva come strumento per ripensare la teoria costituzionale in Perù *

di Gorki Gonzales Mantilla – Professore Ordinario di Filosofia del diritto e teoria costituzionale della Pontificia Universidad Católica del Perú. Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell'Università di Pisa.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il “costituzionalismo a bassa intensità” e la consultazione preventiva come scenario di fondo. 2.1 Il costituzionalismo a bassa intensità e l'organizzazione del potere politico. 2.2 Il costituzionalismo a bassa intensità ed i diritti fondamentali

1. Premessa

La tutela delle comunità indigene od originarie, quasi sempre invisibili nell'immaginario repubblicano, si presenta oggi come uno strumento essenziale dell'armamentario costituzionale. La consultazione preventiva altro non è che un riflesso di tale realtà, atteggiandosi a strumento di garanzia dei diritti nei contesti caratterizzati da diversità culturale, implicando al tempo stesso una natura che interroga le basi teoriche stesse sulle quali è costruita la democrazia costituzionale.

Il tema affonda la sua specificità nei processi attraverso i quali il capitalismo si è evoluto nelle ultime decadi. Questa storia dimostra come gli schemi di cooperazione economica del “Nord del mondo” verso i nostri Paesi abbiano contato su un ambiente favorevole all'investimento ed allo

* Traduzione di Gianluca Famiglietti.

sfruttamento delle risorse naturali, propiziando come contropartita condizioni avverse al mantenimento di un ordine democratico ed alla tutela dei diritti umani¹.

Le sfere egemoniche economiche e culturali così create hanno eluso i valori della diversità, spesso li hanno soggiogati estinguendone le basi materiali. In assenza di qualsivoglia inclinazione verso il dialogo con “i diversi”, si è dato impulso a dinamiche di “sviluppo” che oggi sono la causa dell’esaurimento delle fonti di sopravvivenza dell’umanità. La consultazione preventiva con ogni probabilità costituisce il rovescio di questa medaglia, poiché cerca di promuovere il dialogo interculturale al fine di legittimare i diritti e la politica. Si comprende così il ruolo della Convenzione n. 169 dell’OIL come antecedente della nostra legge n. 29785.

Viene da essa pertanto riconosciuto il diritto dei popoli indigeni di essere consultati dallo Stato ogniqualvolta vi sia l’intenzione di assumere misure legislative o di carattere amministrativo in grado di avere effetti sui loro diritti collettivi. È previsto che debbano essere sottoposte alla consultazione preventiva: a) le misure legislative o amministrative in grado di produrre effetti diretti sui diritti collettivi dei popoli indigeni; b) le pianificazioni, i programmi ed i progetti di sviluppo nazionale e regionale in grado di produrre effetti diretti sui diritti collettivi.

Benché non implichi un diritto di veto, la consultazione preventiva ha lo scopo di aprire un dialogo interculturale che riconosca l’indigeno come un valido interlocutore dello Stato. Un ordine interno quindi in grado di dar vita ad un “cittadino interculturale” con una propria identità culturale. Per questa ragione, quando non si giunge ad un accordo, l’istituzione statale che propone la misura deve adottare una decisione debitamente motivata (suscettibile peraltro di impugnazione) e compiere ogni sforzo per garantire i diritti collettivi dei popoli indigeni: il diritto alla vita, l’integrità ed il pieno sviluppo. Questi sono dunque i principi che dovrebbero regolare la consultazione preventiva ed i suoi effetti.

2. *Il “costituzionalismo a bassa intensità” e la consultazione preventiva come scenario di fondo*

¹ N. CHOMSKY, E. HERMAN, *The Political Economy of Human Rights*. Vol I: *The Washington Connection and Third World Fascism*, Boston, 1979; citato da B. DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, 1998, p. 191.

Ma alla base di quelle egemonie, del tutto refrattarie al valore della diversità culturale, c'è sempre stato un costituzionalismo "a bassa intensità". Questa prospettiva del diritto costituzionale ha marcato la distanza dagli accadimenti politici e dal conflitto sociale che è parte della stessa dinamica culturale della Costituzione. I suoi principi, ancorati ad un discorso liberale parziale e perciò debole, hanno finito col perdere contatto con la storia, per poi svuotarsi del tutto: la separazione dei poteri, la supremazia della legge o la sovranità popolare sono diventate luci sempre più fioche in una nebbia sempre più spessa.

Le grandi congiunture definite dalle assemblee costituenti del 1979 e dal Parlamento Costituente Democratico del 1993 rappresentarono successi politici la cui densità culturale non trovò una valida sponda nella teoria costituzionale². Salvo ben precise eccezioni³, essa è stata condizionata da uno spirito normativistico rafforzato da una struttura dogmatica di nozioni e concetti. Si sono così lasciate fuori dal dibattito le domande su come integrare e pensare il diritto costituzionale a partire da una realtà complessa e diversificata.

2.1 Il costituzionalismo a bassa intensità e l'organizzazione del potere politico

L'idea di fondo di questo approccio è quella di neutralizzare il contenuto politico dei diritti e di proporli come un sogno irrealizzabile. Attraverso un ragionamento formatosi nel solco della tradizione del positivismo giuridico, siffatta prospettiva ha cercato di considerare i disegni normativi, i procedimenti e le classificazioni senza porre l'accento sull'assenza di costituzionalità nella vita pubblica e senza denunciare la debolezza istituzionale necessaria a garantire i diritti.

² Al riguardo possono citarsi le parole di Domingo García Belaunde, che in una recente intervista (*Domingo García Belaunde. Pionero y padre del Derecho Constitucional peruano*, in *Revista La Ley*, n. 0, 2014, p. 33) ha affermato: «(...) in Perù non abbiamo una tradizione di letteratura costituzionale».

³ Il volume *Perù: Constitución y Sociedad Política* (Lima, 1981) di Enrique Bernal e Marcial Rubio indaga la Costituzione del 1979 in modo organico, sottolineando chiaramente come essa abbia costituito una eccezione rispetto alla dogmatica tradizionale. A partire dai lineamenti teorico-metodologici premessi dagli Autori, essi affermano: «(...) la Costituzione ha come connotato essenziale quello di essere un mandato giuridico-formale ed imperativo, e pertanto inerente alla funzione coattiva dello Stato. Allo stesso tempo però la Costituzione possiede una natura politica e nel suo contenuto trovano espressione i livelli di articolazione politica tra le classi ed i settori sociali. Al di là degli accordi, dei compromessi e del consenso che in ogni fase costituente permettono di giungere ad una Costituzione, essa si orienta in funzione di interessi politicamente dominanti, trattando di presentarli come interessi generali della società nel suo insieme». È per questa ragione – aggiungono gli Autori – che l'analisi prospettata «(...) supera quelle giuridiciste (sic!) ed esegetiche assai diffuse nell'epoca attuale, per assumere una prospettiva che fa propri aspetti di carattere storico, politico e giuridico, i soli che consentono di comprendere le basi materiali su cui si fonda la Costituzione» (p. 57).

Uno dei tratti salienti di un simile approccio è costituito dalla definizione della struttura politica secondo la divisione classica dei poteri; si continua a postulare la tripartizione di essi senza fare attenzione al processo di evoluzione culturale a cui si devono le istituzioni. Se ne afferma il carattere assoluto, senza riconoscere che il potere istituzionale si presenta nella realtà attraverso uno schema di competenze specifiche che definiscono l'azione dei diversi organi costituzionali ben al di là della tripartizione stessa: il *Tribunal Constitucional*, il *Consejo Nacional de la Magistratura*, il *Jurado Nacional de Elecciones* o i governi regionali hanno tutti questa qualificazione e sono istituzioni con “specifici poteri” così fissati in Costituzione.

In effetti, nel mondo contemporaneo lo Stato si presenta come un ordine articolato per competenze fondamentali⁴ che originano dalla Costituzione. In siffatto scenario la divisione dei poteri si manifesta non come tripartizione soggettiva di essi, ma come distribuzione di “competenze” tra i diversi organi previsti in Costituzione, che operano in un complesso ed organico equilibrio di concerti, collaborazioni reciproche e controlli.

Le istituzioni pubbliche, inclusi i cosiddetti poteri classici, altro non sono – a stretto rigore – che competenze previste per sviluppare quella funzione in forma specifica e specializzata: competenze costituzionali che attuano i valori della Costituzione. Pertanto, il potere politico si radica nella Costituzione, che è la fonte che conferisce unità ai valori a partire dalla diversità e della complessità che ne caratterizzano la base sociale e culturale. La Costituzione è l'unica fonte del potere che conferisce legittimità alle istituzioni e ai poteri pubblici e la teoria classica della tripartizione difficilmente riesce a spiegare tale realtà, non solo perché risulta parziale dal momento che la restringe al catalogo dei tre poteri, ma anche perché impedisce di riconoscere l'importanza delle relazioni e delle loro ricadute sull'insieme del sistema politico e della vita sociale.

Riconoscendo quindi il potere e la sua relazione con gli organi costituzionali nei termini proposti, e ben più in là della tripartizione, si presenta l'opportunità di comprendere il senso del *check and balance* come tratto distintivo della trama istituzionale dello Stato, al fine di coordinarne ed aggiornarne le funzioni. Solo così è possibile cogliere l'idea della supervisione costituzionale come qualità immanente all'esercizio di una democrazia costituzionale.

Infatti, l'assenza di un sistema coerente di controllo sul lavoro dei dipendenti pubblici che esercitano posizioni dirigenziali di alto livello risponde a quel modello di separazione dei poteri

⁴ Si veda G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, pp.20-21.

congelato nel tempo. Un modello che produce l'idea di poteri autonomi e – in tale visione formalista – di istanze tra esse svincolate. Si può senz'altro affermare che lo scarso *feeling* con i valori democratici e repubblicani, assai spesso dimostrato nella vita parlamentare del nostro Paese, può essere in parte spiegato avendo sullo sfondo lo scenario della cultura politica della divisione dei poteri: l'idea del parlamento come un potere autonomo che non deve rendere conto a nessuno può di certo costituire lo spazio ideale nel quale concretizzare gli interessi individuali più estremi e nel quale, proprio per questo, il controllo è stato ridotto ai suoi aspetti più formali e “televisivi”.

La tesi della divisione dei poteri nei termini indicati si è altresì convertita in un formidabile ostacolo per la realizzazione degli stessi valori democratici; un arcipelago di poteri sconnessi tra loro in un ordinamento per questa ragione non in grado di affrontare in modo coordinato le domande sociali della diversità. Un conglomerato istituzionale refrattario alla collaborazione reciproca volta a garantire i beni ed i diritti costituzionali.

L'idea classica della divisione dei poteri dà vita ad uno contesto di conflitto con la comunità in uno schema fatto di tensioni con i valori costituzionali che essa accoglie. Quei poteri finiscono con l'essere percepiti con distanza, non soltanto per l'assenza di rappresentanza specifica degli interessi e dei diritti dei membri della comunità, ma anche perché la stessa tripartizione pretende in maniera contraddittoria di esercitare su di essi una funzione egemonica, lasciando gli altri organi costituzionali a giocare ruoli secondari. Stando così le cose, gli interessi della comunità non vengono realizzati dallo Stato in modo unitario e neppure i poteri classici sono disposti a rappresentarli.

La teoria della tripartizione, così come evidenziato, pare giustificarsi soltanto come una teoria elitista (di tipo epistemico⁵), che disdegna di considerare l'importanza dei mutamenti nella struttura delle istituzioni pubbliche e l'indispensabile contributo dei cittadini nei processi politici. Secondo questa teoria costituzionale i processi sociali, così come i valori culturali che si portano dietro, non costituiscono argomenti utili per la riflessione costituzionale, a meno che non cadano dall'alto verso il basso ed in modo unilaterale. Una tale visione si atteggia a strumento normativo, cieco regolatore di una realtà sociale plurale e diversificata che è, pertanto, incapace di comprenderla. È questo il

⁵ Al riguardo si veda l'interessante contributo di L. ARRIMADA, *La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional*, in *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria* (a cura di R. Gargarella), Buenos Aires, 2011, pp. 233 ss.

caso della consultazione preventiva e la sua incomprensione da parte della teoria costituzionalistica tradizionale.

2.2 Il costituzionalismo a bassa intensità ed i diritti fondamentali

Il costituzionalismo a “bassa intensità” vuole che i diritti ed i principi costituiscano la parte dogmatica della Costituzione. Il significato di tale prospettiva è stato presentato come il fondamento della stessa Costituzione; tuttavia, il suo immediato riflesso è stato di tipo esclusivamente formale, dal momento che i diritti – che della dogmatica costituiscono il nucleo – non cessano di presentarsi, anche secondo questo approccio, come delle categorie concettuali: diritti sulla carta la cui azione è subordinata alle tecniche processuali o al potere dell’amministrazione pubblica. La parte dogmatica appare allora come un catalogo di definizioni, irremovibile ed impermeabile alle esigenze della vita sociale.

Questa idea della dogmatica sembra far intendere che i diritti fondamentali si presentino come “inerenti” o immanenti, svilendone così la dimensione culturale e storica. Una dogmatica che cerca di “naturalizzare” i diritti e che cerca di trovarne una giustificazione in cui però predominano le definizioni categoriche, al centro di un ordinamento costituzionale statico. Perciò la teoria dei diritti fondamentali che affiora da questo modello si avvale di canoni interpretativi discutibili, tanto per la loro vicinanza al formalismo giuridico, quanto per il loro carattere arbitrario. Ciò accade, ad esempio, quando si dà valore all’interpretazione letterale della Costituzione o quando si afferma una prospettiva normativistica come criterio volto a cogliere la logica complessiva dell’architettura costituzionale, sempre partendo dai testi, ma stavolta muovendo dal contrasto tra essi, ossia attraverso il cosiddetto metodo sistematico. In entrambi i casi i valori della Costituzione corrono il rischio di sparire dal dibattito costituzionale.

Il carattere arbitrario nel quale si sono mossi i canoni interpretativi della Costituzione diviene assai evidente a proposito del cosiddetto “contenuto essenziale” dei diritti come paradigma sviluppato a partire dalla Legge Fondamentale di Bonn del 1949 ed anche presente qualche decennio più tardi nella Costituzione spagnola del 1978: in questo scenario culturale il “contenuto essenziale” si converte nella garanzia istituzionale contro l’arbitrarietà nel caso concreto.

Tuttavia, il *Tribunal Constitucional* peruviano ed una parte importante del costituzionalismo del nostro Paese hanno recepito in modo acritico una simile prospettiva. In essa l’idea del carattere

“essenziale” poteva assumere qualunque contenuto una volta mischiata a riferimenti illusori, naturali e immutabili. A questa visione dei diritti ha guardato chi ha difeso il carattere “naturale” di taluni istituti giuridici, che in ogni caso sono prodotto della cultura, come il matrimonio o il modello di famiglia⁶.

Questa idea portava con sé come contropartita il riconoscimento di un contenuto “non essenziale”, producendosi così una frattura che ordinava gerarchicamente in termini assiologici il contenuto dei diritti e la struttura stessa della Costituzione. In altri termini il contenuto essenziale finiva col determinare ciò che è esigibile giuridicamente, ma anche ciò che “non è essenziale” e che dunque rimane in una zona d’ombra giuridica.

È così che dall’essere una garanzia tesa ad impedire l’arbitrarietà rispetto ai diritti fondamentali – come fu in origine in Germania – nel nostro Paese l’idea del contenuto essenziale si è convertita nel più fertile terreno per l’arbitrarietà stessa, specie per il fatto che “l’essenziale” poteva anche essere invocato come realtà *ex ante* secondo la volontà dell’interprete.

L’adesione alla teoria del “contenuto essenziale” finiva col generare un contrasto definito nel contesto della diversità culturale, rappresentando senz’altro una prospettiva unidimensionale, pertanto contraria alla pluralità di valori che conformano la realtà complessa a cui si deve la Costituzione.

Questa teoria ha finito col porre in relazione l’idea del contenuto essenziale con il denominato “contenuto costituzionalmente garantito”, al punto di quasi dissolversi in esso. Tuttavia, è opportuno ricordare come quest’ultima nozione, introdotta dal Codice Processuale Costituzionale, indichi l’area del diritto che si intende garantire nell’insieme delle posizioni normative tutelate dal diritto costituzionale “come totalità”: in altri termini, la posizione del diritto fondamentale – come l’ha definita Robert Alexy⁷ – che si intende tutelare e che opera come condizione di procedibilità

⁶ Tuttavia, come ha scritto Ackerman: «I diritti non sono frutti che crescono sugli alberi per essere colti da una mano invisibile quando sono maturi». I diritti hanno una connotazione culturale e pertanto «l’unico contesto nel quale ha senso una rivendicazione dei diritti è quello in cui un soggetto si confronta con un potenziale concorrente». Cfr. B. ACKERMAN, *La justicia social en el Estado Liberal*, Madrid, 1983, p. 38.

⁷ Ha scritto al riguardo Robert Alexy: «Chi parla di diritti fondamentali, ad esempio del diritto fondamentale alla vita o alla libertà di pensiero, non suppone di regola posizioni individuali ma il diritto fondamentale come totalità», ossia «(...) l’insieme delle posizioni dei diritti fondamentali. Resta la domanda relativa a cosa riunisca le singole posizioni dei diritti fondamentali in un unico diritto fondamentale. La risposta più semplice è la ascrivibilità di queste posizioni alla disposizione di diritto fondamentale. Alle posizioni giuridiche corrispondono sempre norme che le concedono». In termini più concreti Alexy precisa che «Il titolare del diritto fondamentale deve avere un diritto ad azioni dello Stato che siano indispensabili per la tutela del suo spazio di libertà garantito dai diritti fondamentali, quindi necessarie. Non

nella richiesta di tutela di un diritto costituzionale. Questa idea non ha nulla a che vedere con il “contenuto essenziale”.

Si sancisce così la distanza che la riflessione teorica ha mantenuto rispetto alle richieste sociali in tema di diritti. Senza alcun riferimento analitico né senso della realtà quella dogmatica avrebbe collocato ad un livello del tutto marginale la posizione dei diritti sociali. Una tale debolezza è alla base dei conflitti sociali ed ha prodotto come conseguenza che le tensioni non sono state incanalate lungo binari del rispetto dei diritti, ma al contrario si è spesso ceduto dinanzi agli appetiti dei “poteri forti” ed alla logica del mercato.

3. La rappresentanza politica e la consultazione preventiva

L’ordine politico e culturale prodotto sin dagli albori del periodo repubblicano corrisponde al paradigma dello Stato-Nazione. Si tratta di una forma istituzionale che pone l’accento sulla esistenza di un’unica “comunità culturale” legittimata dallo Stato ed intorno alla quale si radica l’idea di nazione. In questa prospettiva, il valore attribuito alla diversità come fattore presente nelle istituzioni continua a non essere presente, e se mai dovesse affacciarvisi verrebbe escluso⁸. Al di là di tutto, la visione mono-culturale dello Stato avrebbe legittimato le pratiche di dominazione etnica a partire dall’egemonia dello stesso nazionalismo⁹. È del tutto evidente come un siffatto ordine politico sia poco adatto a rappresentare la società esistente, così come a rispettare i valori di tutti i suoi membri.

La istituzionalizzazione dei partiti politici lungo quasi tutta la storia della repubblica dimostra questi segnali nelle strutture ideologiche e nei programmi politici di questi. Tali organizzazioni non hanno saputo fare propri i valori della diversità culturale, come una dimensione importante dei loro

si può esprimere meglio che si tratta della protezione soggettiva positiva della libertà». Così R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 2002, pp. 241-242.

⁸ Come ricorda Brooke Larson, le riforme legali che formalmente hanno attribuito diritti agli indigeni, soprattutto a partire dalla promulgazione del Codice Civile del 1852 con la dichiarazione solenne dell’uguaglianza dinanzi alla legge e la soppressione del tributo indigeno per decisione del Presidente Ramón Castilla nel 1854, li avrebbero tuttavia privati del loro diritto tradizionale ad un’esistenza collettiva, ossia “della comunità”. Neppure col trascorrere del tempo il nuovo status di indio si sarebbe concretizzato, accentuandosi così il solco della disuguaglianza e dell’esclusione sotto l’egida dello Stato-Nazione. Si veda B. LARSON, *Indígenas, Élités y Estado en las formas de las Repúblicas Andinas 1850 – 1910*, Lima, 2002, p. 105.

⁹ B. DE SOUSA SANTOS, op. cit., p. 156.

obiettivi e del loro modo di agire. Le scarse iniziative in questa direzione, pur emergenti nei partiti di ispirazione socialista e social-democratica, non sono mai riuscite ad affermarsi come riferimenti politici significativi.

A questo stesso approccio è riconducibile la sfuggente presenza che l'elemento della diversità culturale ha avuto nel dibattito costituzionale, nel quale hanno avuto la meglio il disconoscimento e l'indifferenza onde evitare di riconoscere in questo un problema in grado di incidere seriamente nella rappresentatività democratica. Non c'è dubbio che in ciò abbia influito la visione dogmatica del principio di sovranità inteso come capacità di esercitare il potere politico in funzione delle coordinate dello Stato-Nazione, producendo come conseguenza il rifiuto di assumere impegni rispetto ai diritti delle comunità. Senza regole in grado di organizzare e tutelare un dibattito a cui partecipino tutte le voci, la sovranità finisce col mancare di significato in termini democratici, dal momento che senza diritto di partecipazione e possibilità di dissentire appare di certo illusorio che si possa esercitare il potere politico in una democrazia costituzionale con legittimazione¹⁰.

Pertanto la comparsa della consultazione preventiva rappresenta il segnale di una rivendicazione storica tesa a riconfigurare le antiche articolazioni dell'assetto statale. In questo contesto è necessaria una teoria costituzionale in grado di riconoscere valore alla diversità culturale non già come residuo premoderno che minaccia la stabilità dell'ordine politico, bensì come fattore centrale della legittimazione su cui costruire la sovranità e la democrazia politica.

Di conseguenza, la diversità ed il suo riconoscimento si proiettano come l'effetto di una emergente tensione politica e culturale, attribuendo così nuovo significato alla Costituzione, nel quale si ritrovi la premessa che rende possibile riconoscere la realtà complessa e plurale e al tempo stesso la possibilità di riconfigurare i principi che le danno senso, al fine di cogliere la diversità come parte del suo stesso contenuto.

È qui dove la consultazione preventiva può marcare criticamente la distanza dalla teoria e dalla prassi costituzionale tradizionali. A questo punto è opportuno che la lettura dei principi liberali classici assuma nuovi punti di riferimento, ovvero le posizioni di coloro che sostengono la supremazia della Costituzione come forma massima di garanzia dei diritti e delle libertà, ma anche

¹⁰ Cfr. S. HOLMES, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, in *Constitucionalismo y democracia*. (a cura di J. Elster e R. Slagstad), Città del Messico, 2001, pp. 217 ss.

come direttrice fondamentale¹¹ che rappresenta in forma attiva la pluralità dei valori del corpo sociale.

Questo è il compito proprio del diritto costituzionale e la gestione politica deve guardare a questa dimensione; la teoria deve essere in grado di sostenere la coesistenza fluida della pluralità senza che i valori individuali – anch’essi cumulabili – spariscano¹²: una costruzione dialogica¹³ che, grazie alla consultazione preventiva, deve impregnare il tessuto sociale come base per una teoria della rappresentanza politica. Questo deve essere il contenuto concreto che una teoria costituzionale dovrebbe far proprio contro le vecchie posizioni del costituzionalismo tradizionale.¹⁴

Una simile prospettiva costituzionale non suppone il riconoscimento di sovranità in grado di relativizzare lo Stato, creando compartimenti avulsi rispetto alla totalità costituzionale; la legittimazione democratica – certamente contromaggioritaria – della consultazione preventiva sta nella possibilità che essa serva come mezzo affinché i valori morali della diversità ispirino il disegno e l’intera struttura dell’insieme delle istituzioni pubbliche. La teoria costituzionale, pertanto, deve privilegiare la circostanza per cui il potere politico dello Stato assuma la pluralità dei valori come dato centrale della sovranità.

È certo però che il riconoscimento della diversità implica il riconoscimento della diseguale posizione degli attori coinvolti in essa. Tuttavia il procedimento deliberativo che la consultazione preventiva suppone dovrebbe contribuire a ripensare questo tipo di struttura per porre le comunità ed i loro membri su di un piano di uguaglianza. Le asimmetrie strutturali e storiche che definiscono le relazioni di potere tra le comunità e le forze economiche non possono non apprezzarsi¹⁵. Di conseguenza, la partecipazione alla stessa non è sufficiente, ma è necessario che le istituzioni create per garantire il procedimento della consultazione siano in grado di offrire accordi giusti.

¹¹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, p. 174.

¹² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 17.

¹³ B. DE SOUSA SANTOS, op. cit., p. 213. Avverte de Sousa che una strategia dialogica consente di ricostruire interculturalmente il significato dei diritti umani per convertirlo in uno dei fattori più formidabili per la critica e la decostruzione del diritto e della politica moderni, generando energie emancipatrici per affrontare le grandi sfide del futuro. Tra queste, certamente, la critica ed il superamento del binomio Diritto-Stato e la riunione della coppia diritto-comunità politica.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 17.

¹⁵ Tali asimmetrie hanno anche costituito il punto di riferimento delle relazioni istituzionali e degli standard dell’ordinamento sociale del Perù. Formano parte di un processo politico sprovvisto di consenso reale, che nutre interessi contrapposti nelle diverse sfere della vita sociale e culturale, attraverso un assetto istituzionale imposto in modo arbitrario alla maggioranza del Paese dalle origini della repubblica. Al riguardo sia consentito rinviare a G. GONZALES MANTILLA, *Pluralidad Cultural, Conflicto Armado y Derecho en el Perú (1980 – 1993)*, Lima, 2000, p. 25.

Un tale risultato implica che la consultazione preventiva serva da strumento per la realizzazione dei valori costituzionali presenti nelle pratiche comunitarie, arricchendosi con esse. Questo modo di concepire la consultazione preventiva può finire col rendere sostenibile il rapporto tra i diritti delle comunità, gli attori economici e lo Stato nell'ambito dei valori della democrazia costituzionale. In altri termini, la rappresentanza politica trova legittimazione quando lo Stato ha come priorità la garanzia dei diritti dei cittadini e delle comunità e quando, in funzione di ciò, orienta le politiche pubbliche di sviluppo. È in tale contesto che la consultazione preventiva assume un carattere strumentale.

Al contrario, la rappresentanza politica risulterà sminuita allorquando i progetti di investimento per lo sfruttamento delle risorse naturali si realizzeranno al prezzo di un impatto negativo sui diritti dei cittadini e delle comunità.

Non va dimenticato che il deficit democratico accumulato lungo tutta la storia repubblicana aiuta a spiegare le condizioni di povertà e di disuguaglianza strutturale che caratterizzano oggi la maggior parte delle comunità del nostro Paese. La rivendicazione dei loro diritti costituisce pertanto una parte indispensabile nella costruzione della rappresentanza politica, sempre che ci sia la volontà di superare quel deficit di partenza.

La forza della consultazione preventiva sta quindi nella sua riconducibilità alla democrazia a partire dai diritti e nel suo sostanziale e strumentale radicamento nella rappresentanza politica. La consultazione preventiva costituisce un'arma formidabile per tutti coloro che non riducono la Costituzione ad un pezzo di carta o – come ha scritto Lawrence Sager¹⁶ – per tutti coloro i quali non vedono in essa un mito da invocare in maniera tutt'altro che riflessiva o ancora per coloro che credono che la parte migliore di una Costituzione stia in ciò che

¹⁶ L. SAGER, *Juez y democracia*, Madrid, 2007, p. 31.